

UMA LEITURA ÉTICA E FILOSÓFICA DO DANO MORAL

AN ETHICAL AND PHILOSOFICAL READING OF NON-PECUNIARY DAMAGES

Alexandre Pereira Bonnaⁱ

RESUMO: Aborda a hipótese de que a responsabilidade civil, na tarefa corrigir perdas imerecidas e danos injustos envolvendo dano moral - que é a violação a um interesse extrapatrimonial protegido juridicamente - pode ser fortalecida a partir de uma leitura ética. Adota como pressuposto teórico que o Direito possui duas dimensões: a factual e a ideal. Apresenta que no tocante ao dano moral, na primeira dimensão (factual) existe o arcabouço jurídico dos bens extrapatrimoniais protegidos juridicamente, ao passo que na segunda (ideal) defende-se que há os bens humanos básicos, os quais complementam e fortalecem a análise dos bens extrapatrimoniais no tocante a identificação e quantificação do dano moral. Aprofunda a interface dos bens extrapatrimoniais extraídos do Direito pátrio com os bens humanos básicos formulados por Bebhinn Donnelly, Mark Murphy e John Finnis.

Palavras-chave: ética; dano moral; responsabilidade civil; bens extrapatrimoniais; bens humanos básicos.

ABSTRACT: It addresses the hypothesis that civil liability, in the task of correcting undeserved losses and unjust damages involving moral damage, which is the violation of a legally protected off-balance-sheet interest, can be strengthened from an ethical reading. It adopts as a theoretical assumption that the Law has two dimensions: factual and ideal, in the wake of what Robert Alexy advocates in Theory of Legal Argumentation (2014). In the first (factual) dimension, the legal framework of legally protected off-balance-sheet assets exists, whereas in the second (ideal) it is argued that there are basic human goods, which complement and strengthen the analysis of off-balance sheet assets in the identification and quantification of moral damages. It expands the interface of off-balance-sheet assets extracted from basic law with the basic human goods formulated by Bebhinn Donnelly, Mark Murphy and John Finnis.

Keywords: ethic; non-pecuniary damages; tort law; fundamental rights; basic human goods.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O salto qualitativo dos bens extrapatrimoniais a partir dos bens humanos básicos. 2. Bens extrapatrimoniais e bens humanos básicos a partir da teoria de Bebhinn Donnelly. 3. Bens extrapatrimoniais e bens humanos básicos a partir da teoria de Mark C. Murphy. 4. Bens extrapatrimoniais e bens humanos básicos a partir da teoria de John Finnis. 5. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil no tocante ao dano moral é marcada por dois grandes desafios: a identificação do dano moral indenizável e a quantificação da indenização, visto que não basta a identificação de interesses existenciais mercedores de tutela jurídica em casos concretos presentes

ⁱ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2018), com sanduíche na University of Edinburgh. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2015). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2012). Atualmente é Professor de graduação e pós-graduação do CESUPA e FACI-WYDEN. Professor Orientador da Liga Acadêmica Jurídica do Pará - LAJUPA e da Liga Acadêmica Jurídica de Responsabilidade - LAJURE. Parecerista das Revistas Civilística, Quaestio Iuris e REDES. Associado Fundador e Diretor Adjunto do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Advogado-Sócio do Escritório Coelho de Souza. E-mail: alexandrebonna@yahoo.com.br / ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1885-1175>

no âmbito institucional-autoritativo (vida, honra, imagem, intimidade, vida privada, integridade física, integridade psíquica, liberdade etc.), como também é preciso quantificação o valor necessário para compensar o dano.

Neste aspecto, a mensuração do *quantum* indenizatório deve ter harmonia com a magnitude do dano sofrido pela vítima, de modo a realizar a justiça corretiva propugnada pela responsabilidade civil, eliminando o dano imerecido, tarefa esta que no dano material corresponde ao desfalque patrimonial e não demanda maiores digressões, mas em se tratando de dano moral a “anulação” da perda imerecida se dá de modo aproximativo, compensando-a.

Na responsabilidade civil, como em qualquer ramo, a presente pesquisa entende que existe uma natureza dual do Direito, como explica Robert Alexy¹, segundo o qual o Direito possui necessariamente uma dimensão real ou factual e uma dimensão ideal ou crítica, sendo a primeira relacionada ao aspecto institucional-autoritativo e a segunda ligada à correção moral. A dimensão real (institucional) na responsabilidade civil é formada pelo conjunto de princípios relacionados à proteção dos bens extrapatrimoniais da pessoa humana, como por exemplo o art. 1, III, da CF/88 (dignidade da pessoa humana), o art. 5, V e X, da CF/88 (intimidade, honra, vida privada, imagem) e o art. 196 da CF/88 (saúde), ao passo que a dimensão ideal é constituída pela pretensão de justiça por trás desses princípios, pretensão esta que no presente trabalho é a do florescimento humano caldado nos bens humanos básicos.

Em outras palavras, defende-se que o jurista da responsabilidade civil no momento de identificar se houve dano moral indenizável, assim como quantificar o valor relativo à compensação deve ser alimentado não apenas pelo instrumental frio do texto legal, visto que por trás do ordenamento jurídico no tocante aos bens existenciais existe uma pretensão de proteger aspectos essenciais do florescimento humano, os quais são total ou parcialmente fulminados a partir de violações de cada um dos bens extrapatrimoniais. Por exemplo, no caso de uma vítima de acidente envolvendo uma lancha que teve o braço direito amputado, não basta o juiz compreender que a integridade física (perda de membro) e integridade psíquica (desequilíbrio emocional) foram atingidos, sendo imperioso percorrer outros interesses fulminados que obstaculizam o florescimento da vítima, como a perda do prazer de realizar atividades lúdicas, perda de relações, perda de projetos de vida profissionais, assim como a intensidade do tratamento (sessões de fisioterapia, cirurgias, etc), na medida em que a compensação do dano moral visa a no maior grau possível estabelecer um valor compatível com a magnitude do mal sofrido. Portanto, a teoria ética dos bens humanos básicos se soma à lei, dogmática e precedentes para contribuir com o escopo da indenização por dano moral.

Assim, a dimensão ideal é uma característica essencial de todas as teorias não-positivistas: “tudo o que é dito em defesa do não-positivismo depende da necessidade da dimensão ideal do direito, seu conteúdo e seu impacto na dimensão real. A principal razão para a tese de que o Direito está

¹ ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, [S.l.], v. 58, n. 2, pp. 97-110, 2013, p. 99.

necessariamente ligado a uma dimensão ideal é o argumento da correção². O argumento da correção prova que tanto as decisões judiciais como as leis e o ordenamento jurídico como um todo necessariamente reivindicam correção moral, implícita ou explicitamente³. No presente trabalho, argui-se que esta pretensão por trás das decisões judiciais sobre dano moral e da legislação que protege os bens existenciais é referente ao florescimento humano e respeito de bens essenciais para uma vida bem vivida, bens esses desejados por todos, importantes para todos, embora em graus e intensidades distintas. Nesta senda, em sendo compreendida que essa dimensão ideal (florescimento) está por trás da dimensão factual (institucional), os pensadores do Direito devem travar uma luta diária para potencializar em maior medida possível, caso a caso, aquilo que no fundo é almejado no plano ideal, postura esta que alarga o reconhecimento de danos indenizáveis e contribui sobremaneira para uma quantificação justa do valor indenizatório.

A tese de Robert Alexy sobre a correção moral na dimensão ideal do Direito é harmônica com o fundo teórico da ética do direito natural, na medida em que desenvolve as bases para uma teoria não-positivista do Direito, abrindo caminho para a importância de compreender a moralidade que está por trás da ordem jurídica, que sob a ótica do presente trabalho é a moralidade calcada nos bens humanos básicos que fomentam em última instância o florescimento humano. Em outras palavras, as decisões judiciais podem e devem compreender os elementos de justiça que justificam todos os interesses jurídicos extrapatrimoniais em jogo no bojo da responsabilidade civil. Por conseguinte, tanto a dimensão real quanto a ideal são faces necessárias do fenômeno jurídico, quais sejam, a faceta que impede a anarquia e impõe um mínimo de cooperação social (real) e a que implica a correção moral da positividade (ideal), na medida em que a moralidade permanece viva dentro e por trás da dimensão real. Desta feita, em sendo ambas as dimensões do Direito essenciais deve ser buscado um equilíbrio entre a segurança jurídica propugnada pela dimensão real e a justiça arraigada na dimensão ideal⁴.

A teoria ética endossada na presente pesquisa não ignora o Direito posto, ao contrário, apenas visa a compreendê-lo de uma forma mais profunda e ampla, considerando na aplicação do direito não apenas a lei, dogmática e precedentes, mas também o fundo ético que ampara a pretensão de correção moral a partir do florescimento humano no campo da responsabilidade civil. Desta feita, como não se pode encontrar respostas sobre dano moral apenas com o instrumento institucionalizado dos bens extrapatrimoniais é preciso um retorno ao discurso jurídico para considerar também a perspectiva ideal do sistema jurídico de proteção da pessoa humana. Em outras palavras, existe uma faceta da argumentação jurídica livre, especialmente quando a lei possui uma textura aberta em cláusulas gerais, como é o caso do dano moral.

Ademais, não existe o risco de que o arranjo hermenêutico aqui defendido descambe para a absoluta insegurança jurídica, porque embora a perspectiva ética da correção moral traga elementos

² ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, [S.l.], v. 58, n. 2, pp. 97-110, 2013, p. 99-100.

³ ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, [S.l.], v. 58, n. 2, pp. 97-110, 2013, p. 101.

⁴ ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, [S.l.], v. 58, n. 2, pp. 97-110, 2013, p. 102.

da moralidade como os bens humanos básicos inerentes à busca do florescimento humano, sabe-se que esse aprofundamento moral só é possível na medida em que existe permissão legal de tais valores. Ou seja, a migração de conteúdos morais para o Direito não significa que os conteúdos morais continuam a ser simples conteúdos morais. Um direito moral obtém, além da validade moral, validade jurídica através de sua transformação em um direito fundamental que integra uma constituição⁵. Nesse sentido, é possível defender que os valores presentes na ordem jurídica como a vida, saúde, intimidade, privacidade, imagem, honra dentre outros atraem uma série de argumentos de cunho moral que pelo fato de estarem atrelados ao projeto ideal do próprio ordenamento jurídico, passam a adquirir caráter jurídico também.

A partir do momento em que se considera que o ordenamento jurídico incorpora princípios éticos - como a liberdade, igualdade, vida, honra, imagem, saúde, etc. - deve-se ter em mente que essa incorporação atrai a conseqüente abertura para a moral na medida em que em virtude dessa incorporação o direito positivo de sistemas jurídicos desenvolvidos está aberto em grande medida à argumentação ético-jurídica e que a realização aproximada de um ideal jurídico se releva como dever jurídico do julgador⁶. Deste modo, os princípios de um ordenamento jurídico devem ser interpretados em sua máxima potência considerando as possibilidades fáticas e jurídicas no campo da responsabilidade civil, máxima força essa alcançada pelo mergulho na teoria ética aqui trabalhada.

Nesse contexto, surge a pergunta “por que a moral calcada nos bens humanos básicos?”. Em primeiro lugar, porque o presente trabalho considera ser a moralidade que dá mais sustentáculo ao fortalecimento da proteção da pessoa humana no tocante ao dano moral, valorizando diversas nuances na identificação e quantificação, que poderiam passar despercebidas por uma análise calcada em outro tipo de moralidade, por exemplo, a racionalidade deliberativa habermasiana, a moralidade de luta de classes e esquemas de estrutura e superestrutura de Marx, a integridade do direito de Dworkin, o imperativo categórico de Kant ou teorias com fundo hobbesiano como a teoria da justiça de Rawls. Em segundo lugar, considera-se a perspectiva do direito natural coerente e, como assevera Robert Alexy, uma moral é incorreta na medida em que ela não é coerente. Assim, sistemas jurídicos contêm, em virtude da pretensão de correção, necessariamente a exigência jurídica de que os sistemas morais aos quais eles necessariamente se referem sejam coerentes, de modo que uma decisão jurídica é juridicamente errada quando ela se apoia em uma moral incoerente⁷.

Aqui não se entra no mérito se uma norma jurídica que entra choque com a moral perde ou não o seu caráter obrigatório, porque, como visto, o emaranhado normativo que estabelece os bens existenciais é adequado à proteção da pessoa humana e nenhuma ofensa à moral é vislumbrada, pelo que seria inútil discutir, neste campo, se a lei é injusta ou não. De outro lado, possui pertinência a discussão sobre se deve existir uma correspondência do conteúdo das normas jurídicas com a moral,

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 134.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 303.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 211-212.

ou seja, se é papel da jurista endossar determinados mandamentos morais que penetram no conteúdo jurídico em razão da abertura contida em princípios ético-jurídicos. A essa indagação responde-se positivamente, porque aqui se abraça uma teoria não-positivista do Direito, como explica Robert Alexy, ao argumentar que, se alguém alega que fatos sociais sozinhos podem determinar aquilo que é e aquilo que não é exigido pelo Direito, isso significa o endosso de um conceito de Direito positivista, contudo, uma vez adicionada a correção moral, emerge um conceito de Direito não-positivista. Portanto, a tese da dupla natureza implica o não-positivismo⁸.

Por fim, destaca-se que o presente artigo irá explicar que os direitos fundamentais de proteção da pessoa humana são especificações mais concretas do ideal de florescimento humano que alimenta os bens humanos básicos. Não é à toa que todos os bens existenciais protegidos no plano interno são também direitos humanos no campo internacional e, como se não bastasse, também são bens juridicamente protegidos nos países ocidentais. Por conseguinte, em sendo a decisão judicial do caso concreto uma ramificação de especificidade dos direitos fundamentais e direitos humanos, é corolário disso que o juiz esteja atento não apenas ao manancial institucional desses valores, mas também a uma teoria ética que ampare a moralidade que justifica todos esses direitos, de modo a dar continuidade ao projeto de racionalidade que começa com a razão da moralidade e termina com a decisão judicial no caso concreto. Claro, não é qualquer moralidade, é aquela envolta e incorporada no projeto do ordenamento jurídico, que exatamente por esse motivo deixa uma textura aberta para a moral.

Diante dessa abertura moral presente nos dispositivos que estabelecem os bens extrapatrimoniais, a presente pesquisa irá aprofundar a interface dos bens extrapatrimoniais extraídos do Direito pátrio com os bens humanos básicos formulados por Bebhinn Donnelly – em *A natural law approach to normativity*⁹, Mark Murphy – em *Natural law in jurisprudence and politics*¹⁰ e *Natural law and practical rationality*¹¹ e John Finnis – em *Lei natural e direitos naturais*¹² e *Aquinas: moral, political and legal theory*¹³. O direito natural concebe o fenômeno jurídico a partir não apenas do plano institucional legislativo e jurisprudencial, mas também sob a ótica de uma dimensão ética, calcada na busca pela realização dos bens humanos básicos, que são valores que se relevam como razões para o agir humano de qualquer um, valores básicos estes que se forem respeitados ensejam a plena realização ou felicidade do ser humano¹⁴, chamada de *eudaimonia* por Aristóteles, *felicitas* por Tomas de Aquino e realização humana integral por John Finnis¹⁵.

É pressuposto da presente pesquisa que o instrumental jurídico-positivo envolvendo o dano moral e presente na legislação constitucional e infraconstitucional incorpora o ideal de consecução dos

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 354.

⁹ Cf. DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007.

¹⁰ Cf. MURPHY, James Bernard. *Philosophy positive law: foundations of jurisprudence*. New Heaven: Yale University Press, 2006.

¹¹ Cf. MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

¹² Cf. FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

¹³ Cf. FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008.

¹⁴ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 30-36.

¹⁵ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 85-86.

bens humanos básicos, de modo que o trabalho não apresenta uma proposta externa ou repulsiva ao instrumental institucional-factual; ao contrário, esses bens humanos básicos são vistos como viáveis para a reflexão do Direito na medida em que essa abertura é dada pelos bens existenciais previstos na ordem jurídica. Assim, a própria lei e o Direito em si são mais bem compreendidos quando soma-se à perspectiva formal-factual, o ponto de vista ideal-ético.

1. O SALTO QUALITATIVO DOS BENS EXTRAPATRIMONIAIS A PARTIR DOS BENS HUMANOS BÁSICOS

Sabe-se que os bens jurídicos de proteção do ser humano estão alocados numa verdadeira cláusula geral, a qual não pode ser reduzida a um rol exaustivo de interesses mercedores de tutela. Contudo, para fins didáticos e metodológicos, a presente pesquisa pressupõe um grupo de interesses extrapatrimoniais juridicamente protegidos mais recorrente no Judiciário: igualdade; cuidado em razão de vínculos de parentesco; vida e não exposição ao perigo; integridade física; integridade psíquica; honra; intimidade e vida privada; imagem; integridade da criação do intelecto; perda de ente querido; afeto à bens materiais; perda de uma chance; liberdade e perda de tempo útil. A partir da análise dos bens humanos básicos da teoria do direito natural, passar-se-á a relacionar os bens existenciais que sustentam o dano moral com os bens humanos básicos, demonstrando que o arcabouço jurídico-positivo do dano moral é uma representação da abordagem ética jusnaturalista, o que deve ser compreendido pelos estudiosos e profissionais do Direito, pois, como explica Bebhinn Donnelly¹⁶, a busca por tais bens está inculcada nas práticas sociais e nas normas jurídicas, independentemente de os legisladores, cidadãos ou juízes os buscarem conscientemente ou conhecê-los.

O estudo da ética no direito natural identifica o que o ser humano persegue e busca como bom e se apropria disso para estabelecer os fins últimos racionais para o agir, sendo possível conhecer verdades que contribuem para o florescimento humano¹⁷. Nessa esteira, condutas individuais, políticas e arranjos voltados à realização desses bens básicos são virtuosos (éticos) enquanto que as práticas que desmantelam, desrespeitam e desprestigiam os bens humanos básicos são carentes de fundamentação ética por não ser razoável não perseguir os referidos bens inquestionáveis e auto-evidentes, assim como por ferir frontalmente o princípio de que o bem deve ser feito (inclusive os bens humanos básicos) e o mal evitado (*good is to be done and pursued, and bad avoided*)¹⁸.

A base para a compreensão das características da natureza humana perpassa pela análise de ações guiadas por princípios que direcionam o agir para bens. De tais ações é possível - pelo valor do conhecimento (razão) - extrair valores que completam o ser humano e lhes servem como razões para uma boa conduta e a conseqüente realização. O estudo dos bens humanos básicos visa a responder o que preserva nossa natureza humana e promove uma existência plena. Ademais, mais importante

¹⁶ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 128.

¹⁷ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 126.

¹⁸ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 80.

do que necessariamente identificar tais bens básicos, é compreender cada faceta de oportunidades e capacidades do ser humano, com cuidado e zelo para clarificar as formas básicas de bem-estar humano, pois é exatamente essa tomada de consciência que permite a normatividade do direito natural em situações específicas¹⁹.

Destarte, é fundamental compreender esses aspectos da experiência humana que estão presente nas atividades e deliberações para tomada de decisões, pois todas as ações inteligíveis possuem um propósito em direção a um bem, no seguinte sentido: 1) um ato é racional quando dirigido aos bens humanos a partir da vontade e algumas condutas são instrumentais para atingir esse fim último, como, por exemplo, no simples gesto de comprar medicamentos está presente o interesse na preservação da saúde/vida; 2) todas as ações inteligíveis têm como objetivo implícito a realização e proteção de algum bem de alguma forma; 3) esses bens não são escolhidos por cada pessoa ou comunidade política, pois são intrínsecos a todos os seres humanos e inerentes à sua complexidade de realização, de modo que a vida não é um recheado de ocasos e fortuitos, mas sim uma rica experiência de escolhas voltadas ao florescimento em suas mais distintas dimensões; 4) o verdadeiro florescimento está conectado com o ideal de realizar bens básicos não apenas na vida particular, como também no convívio em harmonia com os outros²⁰.

A propósito, esses bens básicos constituem o ponto central de reflexão do direito natural e toda a empreitada jusnaturalista possui como elemento nuclear o conhecimento desses bens: 1) o direito natural, primeiramente, se preocupa com as formas básicas de florescimento humano que são buscadas e realizadas nas ações; 2) em seguida, se ocupa com os pressupostos da razão prática, os quais em última instância estão conectados com nos fins máximos (bens humanos); 3) por fim, o direito natural se dedica a pôr esse projeto em prática, discutindo proposições morais mais específicas²¹.

2. BENS EXTRAPATRIMONIAIS E BENS HUMANOS BÁSICOS A PARTIR DA TEORIA DE BEBHIM DONNELLY

Na tentativa de fundamentar bens que geram racionalidade para qualquer ser humano em qualquer lugar, Bebhim Donnelly observa que existe um desafio relativista baseado na ideia de que abordar a moral do nosso tempo e espaço como base para a racionalidade gera o risco de justificar ações como corretas do mesmo jeito que no passado se julgava a escravidão correta, pois ter-se-á como parâmetro valores efêmeros e do presente. Deste modo, caso a base moral fosse formada por elementos contextuais e contingentes, o que se tem como certo ou errado rapidamente evaporaria com a extinção das contingências. É por este motivo que a referida autora advoga pela busca de uma

¹⁹ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 33.

²⁰ FISHER, Anthony. Bioethics after Finnis. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (Coord.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013, p. 271-275.

²¹ HALDANE, John. Reasoning about the human good, and the role of the public philosopher. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (Coord.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013, p. 41-42.

investigação de bens humanos que fuja das relativizações e consiga trazer elementos de validade moral ligados a ação humana que independem do nosso tempo²².

Assim, Bebhinn Donnelly acentua que um completo estudo sobre os bens humanos básicos envolve quatro dimensões do ser humano, cada uma composta por dois elementos conceitualmente em tensão, um necessitando do outro: a) ser (relacionado à existência)/bem (relacionado ao dever); b) capacidade (relacionado a habilidades que temos enquanto ser humano)/atividade (relacionado à praticidade do dever); c) subjetividade (relacionado à perspectiva do indivíduo)/objetividade (relacionado à perspectiva que a dignidade deve ser percebida); d) personalidade (relacionado à individualidade)/política (relacionado à condição essencial sem a qual todas as outras dimensões não têm sentido)²³.

Desta feita, as características do ser (*being*) indicam que as pessoas existem em si mesmas e ao lado de outros, têm capacidade de interagir e se comunicar, necessitam de recursos do mundo para garantir sua existência, possuem raciocínio, sentimento, além de corpo e mente vulneráveis²⁴. Tais subsídios fundamentam a racionalidade do arcabouço jurídico brasileiro, o qual possui uma gama de bens jurídicos aptos a proteger essa faceta da vida humana e mostram “verdades essenciais de nossa condição humana que nos puxam para o que nós somos ou podemos ser num sentido pleno” (Tradução Livre)²⁵.

Por exemplo, o direito à vida garante a proteção da existência biológica da pessoa, assim como as liberdades (de locomoção, artística e de expressão) fomentam a existência da pessoa com outros. No mesmo sentido, o direito à saúde corporal e mental subsidiam as integridades psicológica e física necessárias para uma vida plena, ao passo que o direito a privacidade, intimidade e honra promovem um prestígio aos sentimentos. E a racionalidade inerente ao ser humano representa a possibilidade de uma busca por tais bens. É pelo elo com a racionalidade presente no ser humano que é possível o sentido pleno de existência (*being*) estar vinculado à busca pelos bens básicos (*good*): “os bens devem ser perseguidos porque eles representam basicamente a realização humana na vida, comunidade, comunicação, saúde, razão etc.” (Tradução Livre)²⁶.

É por esse motivo que é possível afirmar que a racionalidade do direito natural está entranhada no sistema jurídico brasileiro e que este busca a construção de uma sociedade ética de respeito a bens básicos necessários para o florescimento humano, de modo que não é raro verificar hipóteses de dano moral indenizável que atingem bens jurídicos e em última instância afetem os bens humanos básicos, como nos danos morais por: a) deformidade física (corpo vulnerável, integridade física); b) agressões verbais e humilhações (sentimentos, mente vulnerável, honra, integridade psíquica); c) cárcere privado em local de emprego e/ou proibição de empregado de ir ao banheiro (liberdade); d) erro médico com piora de saúde do paciente (corpo vulnerável, integridade física); e) divulgação de fotos íntimas por loja

²² DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 125-126.

²³ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 123.

²⁴ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 126-127.

²⁵ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 128.

²⁶ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 130.

de concerto de celulares (sentimentos, mente vulnerável, honra, integridade psíquica); f) decisão inesperada de noivo de desistir do casamento na véspera (sentimentos, honra).

Deste modo, o atentado contra esses bens (básicos do direito natural e também jurídicos), para além de causarem um desequilíbrio injusto que merece reparação pela via da responsabilidade civil, impedem em diferentes graus uma existência plena do ser humano, motivo pelo qual a concepção de que o arcabouço normativo-positivo incorpora a ética do direito natural eleva o papel que os profissionais do direito e cidadãos têm para com esses valores, que estão conectados numa empreitada metaética grandiosa que, ao invés de repelir e conflitar com o ordenamento jurídico, o embeleza, abrilhanta e prestigia, dotando-o de mais sentido e racionalidade, além de contribuir para uma alavancada de repulsa às práticas de apequenamento do dano moral, especialmente aquelas relacionadas ao mero aborrecimento tão propugnado pelos tribunais como justificativa para negar pretensões indenizatórias.

Sobre a dimensão subjetiva (*subjective*) e objetiva (*objective*), trata-se de entender que embora o ser humano seja detentor de uma perspectiva puramente individual acerca de suas crenças e modo de viver, esta perspectiva deve ser amoldada na vida em sociedade ao aspecto objetivo de consciência do modelo de vida social²⁷, de onde se infere que determinadas frustrações, inquietudes e manias unicamente individuais muitas vezes não são protegidas para fins de caracterização do dano moral indenizável, pois existe um sentido objetivo do que deve ser protegido no campo individual.

No que tange às capacidades (*capacity*) e atividades (*activity*), Bebhinn Donnelly acentua que uma existência plena é aquela que ao lado das capacidades humanas possui as atividades necessárias para ativá-las e atualizá-las, de modo que uma restrição indevida a essas atividades que afloram as capacidades é uma postura antiética, pois o ser humano não pode por ato de outrem ser ofuscado na busca pelo máximo de suas capacidades²⁸, visto que o florescimento é a manifestação das capacidades humanas no maior grau possível²⁹. Esta ideia evidencia a adequação de hipóteses de dano moral indenizável quando por ato de outrem alguém deixa de realizar atividades profissionais, de lazer, contemplativas e até mesmo sexuais, provando o relevo que a preservação das capacidades humanas possui no bojo do direito de danos. Isso não apenas no campo do reconhecimento do dano moral, como também da quantificação, de modo que no momento de fixar o valor indenizatório, deve ser levado em conta a existência ou não de perdas de capacidades humanas (de olfato, fala, de relações, visão, sexuais, profissionais, etc.).

Por fim, existe a faceta pessoal (*personal*) e política (*political*), já que o ser humano é um animal político e que constrói instituições para solucionar conflitos e tensões. Ambas devem ser conciliadas, no sentido de que enquanto parte do mundo, todos o compartilham mutualmente, de modo que haverá conflitos entre esses bens, os quais devem ser resolvidos tendo em vista o bem comum. É por isso que Alasdair MacIntyre ensina que na busca pelo bem que está além das individualidades deve-se

²⁷ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 132-134.

²⁸ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 135-141.

²⁹ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 5.

responder à pergunta “o que é o bem para o homem”, que será o que todas as respostas à pergunta “o que é o bom pra mim” têm em comum, e, nessa busca, será possível encontrar bens que estejam além das práticas³⁰.

Sendo assim, justifica-se a autoridade que a política e o Direito possuem na organização desses bens em sociedade, assim como a ideia de que os bens humanos são perseguidos individual, mas também coletivamente, como destaca Bebhinn Donnelly: “a lei deve interferir quando existe um dano a esses bens por ato de outrem e quando a não violação desse dano é salvaguardada. Nós aceitamos a autoridade da lei na determinação sobre como esses bens devem ser buscados dentro de uma comunidade política específica” (Tradução Livre)³¹.

Essa abordagem de Bebhinn Donnelly é fortalecida por uma espécie de antropologia filosófica e biológica do ser humano de Tomás de Aquino, bem desenvolvida por John Finnis no livro *Aquinas*³². Nesta obra, o filósofo australiano dá um exemplo da pessoa que decide mentir sabendo que o que vai dizer é falso, compreendendo as expectativas de quem pergunta, os benefícios com a mentira, mas, paralelamente a isso sente um peso perturbador na consciência, vê a face do auditório, sente a ansiedade com a língua seca e os joelhos frágeis, lembra da desaprovação da sociedade e dos pais quando ele era criança. Esse espetáculo humano apresenta os sentimentos, as sensações, os movimentos, a escolha, a vontade, a observação, os efeitos físicos e psicológicos, a lembrança e a compreensão do todo, demonstrando a existência de a) uma unidade dinâmica complexa ao longo do tempo em uma só dimensão, pois quando se está na vida adulta se tem reflexos da infância; b) uma unidade dinâmica complexa de uma atividade, significando que todos aqueles eventos aconteciam ao mesmo tempo; c) a maturidade individual na compreensão de generalidades e objetos abstratos como verdade/falsidade³³.

Portanto, diferentemente das plantas e dos animais, os seres humanos têm não apenas a faceta vegetal - de funcionamento orgânico - e animal - de se locomover e ter sensações - mas também têm a capacidade intelectual da autocompreensão, de realizar escolhas e julgamentos. Adiante, assevera John Finnis, que essa característica que reside em qualquer ser humano é a raiz da dignidade e dos direitos humanos, pois todos possuem a capacidade de atualizar essas potências, todos perfazem um ser complexo que o faz ter ao mesmo tempo a solidez de uma estrela, a química e a complexidade biológica de um leão ou de uma árvore e, mais que tudo isso, a capacidade de entender todas as realidades e dentro de sua liberdade realizar julgamentos, escolhas e autodeterminar-se racionalmente³⁴.

³⁰ MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981, p. 219.

³¹ DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 145

³² Cf. FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008.

³³ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 176.

³⁴ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 179-180.

3. BENS EXTRAPATRIMONIAIS E BENS HUMANOS BÁSICOS A PARTIR DA TEORIA DE MARK C. MURPHY

De acordo com a lista de Mark C. Murphy, existem nove bens humanos básicos que fundamentam racionalmente as ações humanas: vida (*life*), conhecimento (*knowledge*), experiência estética (*aesthetic experience*), excelência em performances gerais e no trabalho (*excellence in play and work*), excelência nas tarefas do dia a dia (*excellence in agency*), paz interior (*inner peace*), amizade (*friendship*), religião (*religion*) e felicidade (*happiness*)³⁵. O bem da vida que dá substrato ao aspecto anímico dos seres humanos é prestigiada com atos que a preservam não só na luta contra a morte, mas na preservação da integridade física e psíquica, já que o bem da vida é condição essencial para o acesso a todos os outros bens³⁶.

Portanto, a vida assegura a existência corporal e orgânica, protegendo a sua preservação, prolongação e transmissão, motivo pelo qual a saúde corporal e psíquica encontra-se dentro do bem básico da vida. De forma mais ampla, as pretensões de nutrição, mobilidade, fertilidade, emoções, aprendizado, elaboração de planos pessoais, preferências, temperamento, linguagem e leitura também se encontram dentro de uma visão mais geral da vida. Por tal bem englobar uma variedade de ações tão ampla, é possível identificá-lo como fim em ações simplórias como cozinhar, trabalhar, cuidar dos filhos, realizar exercícios, selecionar melhor os alimentos, pagar planos de saúde, assim como em empreendimentos mais complexos como indústria farmacêutica, hospitais, programas de vacinação, leis voltadas à imposição de segurança e responsabilização criminal e civil para quem atenta contra a vida. Assim, como o ser humano não possui uma vida meramente biológica, uma vida bem vivida envolve uma dinâmica unificada em corpo e mente voltada a inúmeros planos e atividades (como visto acima), motivo pelo qual as pessoas não querem só viver (biologicamente), mas viver bem, com a preservação de todas as suas empreitadas na vida pessoal, familiar e social³⁷.

Tal bem básico, como visto anteriormente, também é um bem existencial protegido pela ordem jurídica e possibilita o cabimento do dano moral em diversas ocasiões, como no caso de erro médico que traz piora na saúde do paciente, em todas as situações de ofensa ao corpo e a mente humana (agressões e acidentes), assim como na frustração ampla do potencial humano de participar de planos, projetos, trabalhos, exercícios, interações e fertilidade. Conseqüentemente, mesmo que alguns danos reconhecidos no âmbito da responsabilidade civil possam ser associados de forma mais específica à perda de relações, perda do prazer de realizar atividades, perda de aptidões para o trabalho, perda de oportunidades e de mobilidade, deve-se ter em mente que, como a vida é pressuposto para a busca

³⁵ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 96.

³⁶ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 101.

³⁷ FISHER, Anthony. Bioethics after Finnis. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (Coord.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013, p. 271-275.

de outros bens e reflete a pretensão de uma vida completa bem vivida, ao fim e ao cabo, tal bem também é ferido nas especificações de outros bens jurídicos e básicos.

O bem do conhecimento está relacionado a busca por informações, por dados, fatos, etc., um conhecimento que vai desde questões básicas, como a temperatura de alimentos e a precisão do tempo, até o preço de produtos e divagações mais complexas como o que é democracia e o que prevê o ordenamento jurídico em tal aspecto. O fato é que quem possui conhecimento está em melhor condição, em tese, do que quem não possui. Ele é o bem que tange a necessidade pelo estar consciente do mundo ao redor e, independentemente de o conhecimento servir a si próprio, ele, mesmo sem ser instrumento para o sucesso pessoal e profissional, é um bem intrínseco³⁸.

Tal bem básico pode ser identificado em algumas situações de dano moral indenizável, como na ausência dos pais em coordenar a vida do filho, em mostrar-lhe os caminhos, em preocupar-se com o norte que uma pessoa em formação deve possuir para uma vida plena, aqui a figura dos pais como mentores que estão ao lado para fornecer o substrato de veracidade sobre a vida que uma criança ou um adolescente necessita. Outras hipóteses podem ser encontradas em falhas do empregador ou do fornecedor de produtos ou serviços no tocante a aspectos da segurança no trabalho ou no modo como utilizar mercadorias, que acabem acarretando situações danosas para o empregado ou consumidor. Em todos esses exemplos, para além de um bem humano básico estar sendo violado, inúmeros interesses intrínsecos da ordem jurídica também são aviltados, como o cuidado/afeto nas relações de parentesco, qualidade do serviço/produto e segurança e proteção da saúde e da vida do trabalhador.

A experiência estética se revela como um bem básico no desejo humano de contemplar a beleza e participar do processo de criação de obras artísticas em geral (esculturas, músicas, pinturas, filmes, livros). Reconhece, portanto, a capacidade humana de florescer obtendo tais sentidos, sendo um bem em si mesmo independentemente de auferir renda ou êxito profissional. Nessa senda, devem ser incluídos prazeres menos complexos como tocar uma música em um instrumento, desfrutar de paisagens belas, sentir o cheiro das folhas e até mesmo apreciar bons vinhos e queijos, isto porque o objeto da experiência estética inclui a extensão de todos os sentidos³⁹. É por isso que esse bem humano básico apoia não apenas hipóteses de identificação do dano moral envolvendo perda de sentidos (olfato, visão, tato, paladar, movimentos) como também dá um trampolim na quantificação da indenização, que deve levar em conta não apenas a perda da integridade corporal como a privação do prazer de apreciar e criar aspectos das artes. Assim, um trabalhador ou um consumidor que por conta de um acidente de trabalho ou de consumo perdeu uma porcentagem da visão, olfato, paladar ou movimentos e deixará de ter aquela parcela de sua capacidade humana, deixará também de desfrutar do prazer de um violão com amigos, um vinho com a família, um futebol e assim por diante, devendo isso ser considerado um desequilíbrio injusto para fins de fixação da quantia indenizatória. Por conseguinte, a análise apenas do interesse jurídico saúde ou integridade física ou psíquica acaba por

³⁸ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 106.

³⁹ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 110.

deixar de fora inúmeros interesses que são consequentes destes, mas que passam despercebidos sem a abordagem dos bens humanos básicos.

A excelência em performances gerais e no trabalho se caracteriza como um bem humano básico. Em outras palavras, a satisfação de realizar boas performances é um bem em si mesmo e necessário para o florescimento humano⁴⁰, seja nas atividades que visam a alcançar um bem externo (trabalho no esporte, com o intelecto ou braçal), seja em atividades gerais que são realizadas como um fim em si mesmo (montar um quebra cabeça, construir um castelo de areia, organizar os livros na estante, pescar, jogar baralho, estalar os dedos, cantar). Em todas essas hipóteses, há uma tentativa constante de o ser humano desempenhar bem suas tarefas, com excelência, embora Mark C. Murphy advirta que o fato de todas as atividades lúdicas ou profissionais tenham padrões de excelência não significa que quem não atinja tais excelências tenha fracassado.

Essa reflexão ética é de fundamental importância para a responsabilidade civil, seja na identificação, seja na quantificação do dano moral, uma vez que não existem apenas atividades artísticas – como visto anteriormente – mas também uma série de ações destinadas a aspectos lúdicos e/ou profissionais, de modo que em razão de um simples acidente que deixe um violinista sem o movimento de uma das mãos, deve ser sopesada na quantificação do dano moral não apenas a perda da integridade física e da experiência estética em participar do processo de criação de arte (bem básico da experiência estética), mas também o déficit que a vítima terá no jogo de baralho com a família, assim como a perda incomensurável do labor profissional (excelência em performances gerais e profissionais). Tal prática jurídica proporcionaria um salto qualitativo na tentativa de compensar (corrigir) no maior grau possível a perda injustamente causada. Aqui, mais uma vez a manifestação da aproximação dos bens humanos básicos com os bens existenciais (saúde, integridade física), aqueles potencializando qualitativamente estes.

Adiante, o bem da excelência em tarefas do dia a dia está bem adequado com diversos interesses juridicamente protegidos como a perda do tempo útil e a frustração intensa na realização de atividades cotidianas, conforme será visto a seguir. Destarte, Mark C. Murphy explana que as pessoas programam certas atividades de uma determinada forma (ir ao banco, supermercado, realizar matrículas, pagamentos, comprar um carro), escolhas estas que são racionais e íntegras e estão dentro de padrões de prospecções da vida de alguém. Em outras palavras, esse bem básico exige o respeito ao julgamento prático formulado pelo ser humano. Trata-se do respeito aos julgamentos de ação e escolhas⁴¹. Deste modo, a linguagem jusnaturalista se interpenetra com a jurídica para robustecer o dano moral indenizável em situações concretas que por ato de outrem se atrapalha o percurso de alguém, como nas falhas de serviço de empresas de telefonia que demandam horas/dias/meses para a solução, horas de espera em banco que obstaculizam o dia traçado do consumidor, muitas vezes idoso e até mesmo hipóteses mais graves como não entrega de carros/apartamentos no prazo fixado.

⁴⁰ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 112-113.

⁴¹ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 114.

Frisa-se que, anteriormente, no campo estritamente jurídico, a perda de tempo útil e a ofuscação de percursos da vida foram tradados como violações mais ampla do bem existencial da liberdade e/ou da integridade psíquica.

Ademais, existe o bem básico da paz interior, conexo com a satisfação de desejos triviais e simples que proporcionam bem-estar, tendo em vista que o ser humano necessita de um estado psicológico de equilíbrio e ausência de estresse para a busca até mesmo de outros bens e para o exercício das capacidades humanas⁴². Deste modo, o bem humano básico da paz interior se conecta com o bem existencial da integridade psíquica, que fundamenta diversas hipóteses de reconhecimento de dano moral, como as comuns perturbações com cobranças indevidas, assédio no ambiente de trabalho, humilhações, perseguições de humoristas e jornalistas a personalidades públicas, dentre outros. Em suma, o que tem sido fundamental até o presente momento é perceber não apenas que os bens humanos básicos se relevam como bens existenciais protegidos pelo Direito, mas principalmente alertar o Judiciário que, por exemplo, um consumidor que precisou ligar cinquenta vezes para cancelar um serviço deficitário não foi atingido apenas no seu tempo perdido, no seu planejamento, mas também na sua paz interior roubada, aspectos estes que devem possuir impacto no momento da quantificação do valor indenizatório.

Adiante, Mark. C. Murphy desenvolve o bem da amizade (comunidade), amizade esta que se desdobra em interações menores, como a família, amigos, clubes, sindicatos, até a interação que resvala na própria comunidade política. Em todas essas dimensões é perceptível a existência de fins comuns. Embora, a princípio, o ser humano tenha o interesse próprio, esse se encontra com o dos demais, formando diferentes níveis de amizade⁴³. Adicionalmente, tal envolvimento não é apenas conveniente, como necessário, especialmente no tocante a autoridade política que reivindica autoridade e força para coibir o comportamento de quem não se coaduna com as aspirações do grupo.

Desta feita, os membros de uma determinada comunidade devem conceber seus projetos individuais não apenas com o objetivo de concretizar os bens humanos básicos para si próprio, mas também como inseridos dentro de um contexto maior associativo no qual existe a união coordenada entre seres humanos, seja em grupos associativos menores como empresas, sindicatos, família, clubes e condomínios até em associações maiores como o próprio Estado. Nesse viés, o projeto individual exige sacrifícios na medida em que o caso central (ideal) de associação é o sentido pleno de amizade de Aristóteles, exigindo-se que o bem (básico) do outro seja uma razão para o agir próprio, permitindo a realização integral de todos os participantes da referida prática, pequena ou complexa.

É nesse sentido que Alasdair MacIntyre, ao questionar como é possível existir uma comunidade completa e virtuosa, responde que é preciso estar atendo para a virtude de práticas menores, motivo pelo qual formula três dimensões gradativas para se alcançar a comunidade plena e virtuosa: o alcance dos bens internos das práticas, o êxito na unidade narrativa da vida humana e, por fim, o respeito à

⁴² MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 118-125.

⁴³ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 126.

tradição. Essas três etapas representam uma unidade conceitual da tradição da ética das virtudes⁴⁴ e devem ser compreendidas como estágios necessários para o alcance de uma vida virtuosa no mundo contemporâneo, com um pequeno cuidado: é condição fundamental para o êxito de um estágio o alcance prévio do estágio anterior. Assim, o terceiro estágio só atinge sua plenitude se os estágios um e dois forem alcançados⁴⁵.

É por esse motivo que a responsabilidade civil, para além de conter um campo de proteção de particularidades de cada indivíduo, possui uma dimensão mais ampla de projeto para a comunidade política nas relações intersubjetivas, forçando que as pessoas não ajam apenas com base no interesse próprio e formem – mesmo que de forma imperfeita – uma grande amizade entre todos, a partir do reconhecimento de que existe um bem comum que não é reduzido ao meu bem e vai além do interesse pessoal. As regras da responsabilidade civil forçam as pessoas a olharem para além de si mesmas, motivo pelo qual, por exemplo, uma companhia aérea que extravia a bagagem de um passageiro, acima de seu interesse lucrativo, deve ter seu comprometimento no pedido de desculpas e tentativa na solução do imbróglio.

Consequentemente, deve-se promover formas de organização e interpretação do direito que possibilite a realização do plano de vida de cada um dos participantes da prática social, cabendo ressaltar que, sob a visão da tradição aristotélica-tomista, o ideal de uma comunidade virtuosa não pressupõe que o Estado seja o único promotor do bem comum. Ao contrário, em cada grau da comunidade política (grupos associativos menores) subsiste o dever de os membros favorecerem o bem do outro, não havendo razões para o Estado promover esse bem comum quando o mesmo pode ser bem efetivado por grupos menores (princípio da subsidiariedade)⁴⁶.

Por conseguinte, trazendo a ideia de bem comum para o seio da responsabilidade civil, sabe-se que a perpetração de danos representa não apenas a violação direta ou indireta de algum bem humano básico, como também o desrespeito à exigência do bem comum, tanto no aspecto associativo menor (relações de consumo, relações de trabalho, relações de família, relações contratuais em geral) como no maior (Estado), impedindo a construção de uma comunidade política mais ética e virtuosa, na medida em que um dano representa afronta à plena realização do outro, e, portanto, se caracteriza como uma violação ao dever de pautar o bem do outro como razão do agir próprio, contribuindo para a decadência dos fatores que fortalecem a colaboração mútua.

Além disso, o bem básico da amizade também dá substrato para determinados bens jurídicos envolvendo o dano moral: é o caso da perda de relações, visto no primeiro capítulo, envolvido na ideia de que determinados danos, afora o fato de deixar debilidades físicas ou psíquicas na vítima, tem o condão de excluí-la do potencial de estabelecer relações com vizinhos, amigos, parentes, colegas e/ou parceiro. Imagine o caso de uma fratura no joelho em alguém que costumava jogar futebol com os amigos aos sábados. Nesta hipótese, além da violação a integridade física, perda da excelência em

⁴⁴ MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981, p. 186.

⁴⁵ MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981, p. 181.

⁴⁶ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 146.

realizar atividades, surge o infeliz obstáculo ao bem da amizade, da interação com os outros, que por conta de um ato de outrem acometeu a vítima, devendo, ao lado das outras perdas, ser sopesada para fins de quantificação do valor indenizatório.

Por conseguinte, justifica-se a autoridade estatal na proteção de, digamos, um nível de amizade forçada entre as pessoas, fazendo com que haja, por convicção de princípios próprios ou por receio de sanção, um respeito para com outro de modo a não o lesar, na proporção em que agir contra os bens do outro quebra o espírito da amizade envolvendo o viver em comunidade. Portanto, o Estado, por meio da legislação e das decisões judiciais concretas protege o caminho de cada um desses bens e estabelece um padrão de conduta decente, rechaçando falsas formas de relações de amizade que corrompem o florescimento do próximo. O Estado, assim, força um tipo de amizade e de moralidade em gradações mais concretas dos bens humanos básicos, sendo a autoridade política um aliado do projeto jusnaturalista, porque os indivíduos sozinhos não são capazes de atingir plenamente o florescimento na comunidade política, necessitando de regulamentação e autoridade política, mas a autoridade deve utilizar a força estatal realizando julgamentos do que é bom e ruim, certo e errado, visto que é essencial para a promoção dos bens humanos e para a promoção de um tipo de relacionamento entre os cidadãos calcado no Estado de Direito, uma forma de amizade política.

O penúltimo bem humano básico é a religião, não somente no sentido de crenças em Deus, santos ou messias, mas também no reconhecimento do valor de qualquer abstração que vá além da ordem humana e que transcendem a humanidade e evidências concretas, podendo até ser caracterizado como uma extensão mais alargada do bem do conhecimento⁴⁷. Outrossim, o bem básico da religião combina com os bens existenciais no tocante ao reconhecimento do dano moral por ofensas a crenças de uma pessoa ou de um grupo, gerando o dano moral individual ou coletivo indenizável, como em livros, escritos e pronunciamentos depreciativos ao conjunto transcendente de crenças que pertence a uma pessoa ou a um grupo, ferindo propriamente o bem jurídico da dignidade de tais cidadãos, pois viver dignamente envolve também a inviolabilidade e o respeito a religião, como valor também jurídico detentor de proteção.

Por fim, o bem humano da felicidade pauta-se na busca pelo sucesso de um plano racional de vida traçado, assemelhando-se aos conceitos de *eudaimonia* de Aristóteles e de *beatitudo* de Tomas de Aquino. A felicidade, embora um conceito abstrato, ajusta-se à capacidade de persecução de um conjunto bens humanos organizados numa vida particular que visam o florescimento de uma pessoa⁴⁸. Tal bem humano abrilhanta a análise do dano moral particularmente nos danos que frustram de forma ampla o projeto de vida de alguém e não apenas o planejamento diário. Trata-se, em última instância, do vilipêndio definitivo ou parcialmente significativo do percurso de vida que alguém idealizou, sendo possível identificar dano moral indenizável na perda de dedo de um escritor, de voz de um professor, da perna de um atleta, dentre outros. Em todas essas hipóteses, deve o Judiciário não apenas

⁴⁷ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 131.

⁴⁸ MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 133-134.

identificar o dano moral, como também levar em conta, para fins de quantificação, junto com as outras múltiplas perdas envolvendo bens humanos básicos/existenciais (jurídicos) o apagar de um projeto, de uma realização mais ampla de vida.

4. BENS EXTRAPATRIMONIAIS E BENS HUMANOS BÁSICOS A PARTIR DA TEORIA DE JOHN FINNIS

O rol dos bens humanos básicos elaborado por John Finnis é muito semelhante ao de Mark C. Murphy, começando com o bem da vida, que está atrelado ao impulso de autopreservação e todos os aspectos da vitalidade que põe o ser humano em boa forma para a autodeterminação, como a saúde corporal, cerebral e a ausência de dor⁴⁹. Prossegue abordando o bem do conhecimento, que representa o ímpeto para evitar confusão e ignorância de modo a julgar as coisas corretamente, pressupondo que a pessoa bem informada está em melhor situação que a não informada⁵⁰. Continuando, assevera que o bem humano do jogo está relacionado ao engajamento a atividades que não têm qualquer propósito para além de seu próprio desempenho, podendo ser concebida como um elemento lúdico informal que, seja por atividades intelectuais (como o xadrez e o baralho) ou físicas (esportes em geral), contribui para o florescimento humano⁵¹. Ademais, ainda existem os bens humanos da experiência estética – que diz respeito à apreciação de uma obra de forma significativa e satisfatória – da sociabilidade/amizade – calcado no valor da colaboração e interação entre pessoas – e da religião – conexo com o vínculo entre a pessoa e algum aspecto transcendental⁵².

Por fim, John Finnis acrescenta o bem humano básico da razão prática. Na modernidade, a palavra prudência adquiriu um sentido mais pobre do que a sua conceituação clássica da filosofia aristotélica-tomista. Hoje, a palavra prudência está vinculada à exigência de cuidado exigível em determinadas situações de modo a não causar dano a outrem. Contudo, no sentido clássico, o sentido é mais amplo, pois “tudo sobre como os bens humanos básicos se tornam conhecidos, se mesclam entre si e são realizados é uma matéria da razão prática, isto é, da prudência”⁵³. Prudente, então, é muito mais do que simplesmente adotar o cuidado que uma dada situação exige, pois o que confere a alguém a denominação de prudente (*prudencia*, nas palavras de Tomás de Aquino; *phronimos*, nas de Aristóteles) é a sua adequação aos requisitos da razão prática, de modo que viver em desrespeito a eles torna a atividade irracional, e, ao contrário, viver em harmonia com tais pressupostos confere ao homem a qualidade de sábio (*spoudaios*, nas palavras de Aristóteles)⁵⁴. Consequentemente, embora a prudência seja a “mentalidade justa sobre o que fazer com a própria vida, incluindo a vida como cidadão”⁵⁵, tudo isso tem a ver com o Direito, visto que este, junto com a economia e a política, é uma

⁴⁹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 91.

⁵⁰ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 67-72.

⁵¹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 93.

⁵² FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 93.

⁵³ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 29-30.

⁵⁴ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 107.

⁵⁵ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 3.

ramificação da filosofia prática, para além do fato de o Direito (leia-se o ordenamento jurídico) ser um verdadeiro projeto ético para o viver em sociedade.

Isto posto, a razão prática é a capacidade humana de compreender e trabalhar com julgamentos sobre proposições verdadeiras ou falsas e entender como uma ação pode ser considerada desejável, na medida em que alcance, promova e busque os bens humanos básicos⁵⁶. É por isso que o Direito (não é o único) é uma expressão do campo de atuação da razão prática, pois os legisladores e também juízes a todo momento decidem o que consideram justo/injusto, correto/incorrecto, verdadeiro/falso, motivo pelo qual Tomás de Aquino disse que não importa se estamos falando de leis gerais e abstratas ou especificações destas, tudo se trata de proposições no campo da razão prática⁵⁷. O juízo prático nessas dimensões não é apenas prático, mas também teórico, na medida em que a razão é uma realidade indivisível composta da razão prática e teórica, pois, para saber como agir na em uma situação concreta (na prática), é preciso ter uma ideia (teórica) de bem⁵⁸.

Afora a aplicação na vida cotidiana de cada pessoa, a teoria dos bens humanos básicos representa o fundo de razão prática que as legislações constitucionais e infraconstitucionais incorporam. Contudo, de forma ampla, a importância da razão prática se manifesta na medida em que existe uma variedade inexaurível de combinações, concentrações e especializações que cada um pode realizar com os bens básicos⁵⁹. Por exemplo, um pesquisador pode dar maior ênfase no bem do conhecimento em detrimento do bem do jogo ou da experiência estética, assim como um monge foca no bem da religião se comparado com a amizade e jogo. Pois bem, sabendo-se que os bens humanos básicos são os primeiros princípios da razão prática e se situam no campo do agir, mas que ainda assim são muito genéricos e amplos, surgem as questões: o que deve ser feito? O que pode ficar sem ser feito? O que não deve ser feito? Ter essa possibilidade de escolha entre um projeto inteligente e razoável e outros projetos aceitáveis é o aspecto primário segundo o qual podemos dizer que somos tanto livres quanto responsáveis⁶⁰.

Em termos de requisitos que conferem a uma atividade ou ação razoabilidade prática, John Finnis elenca e desenvolve o que segue: um plano coerente de vida; sem preferências arbitrárias por valores; sem preferências arbitrárias por pessoas; desprendimento e compromisso; a relevância (limitada) das consequências; respeito por cada valor básico em cada ato; requisitos do bem comum. Tais requisitos têm impacto na forma pela qual os primeiros princípios da razão prática (bens humanos básicos) adquirem concretude em ações específicas. São esses requisitos que permitem a passagem dos primeiros princípios para regras morais concretas, os quais juntos qualificam o agente como prudente, ou seja, é aquele que conhece os fins últimos e os persegue com razoabilidade⁶¹.

O plano coerente de vida representa a ideia de que as pessoas têm ou devem ter um conjunto harmonioso de propósitos e orientações, não como plantas, mas com compromissos efetivos, pois não

⁵⁶ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 1-3.

⁵⁷ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 19.

⁵⁸ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 8.

⁵⁹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 105.

⁶⁰ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 105.

⁶¹ FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 12.

é razoável viver de forma superficial, efêmera e transitória, de momento a momento, atendendo apenas a vontades imediatistas. A empreitada humana, assim, pressupõe um conjunto definido de objetivos e planos a serem realizados e, todo e qualquer plano de vida necessita, para ser alcançado, de um direcionamento de ações, harmonização de diversos compromissos, hábitos e controle de impulsos de acordo com o que as circunstâncias exigirão. Destarte, existe uma espécie de atividade racional desdobrada no tempo em que as ações subsequentes guardam uma sintonia de sentido com as que anteriores, sendo adequado reconhecer que é razoável que em uma vida exista um esforço racional de manter um nível de compromissos harmonizados entre si⁶².

Contudo, enquanto que a perda de oportunidades e/ou fracasso atribuídos a contingências fortuitas e/ou a falta de preparo e compromisso do sujeito não possuem consequências jurídicas no campo da responsabilidade civil, é clarividente que a obstaculização de um plano coerente de vida, seja de forma menos expressiva (como atrasos em voos e perda de tempo para cancelar serviços), seja de forma mais intensa (perda de membro, invalidez e/ou o ataque injusto à honra) geram consequências para o dano moral, que permitirá que o prejudicado tenha relevado não somente que tais embaraços se caracterizam como dano, como também que tais pormenores sejam levados em conta na quantificação do valor indenizatório apto à corrigir a injustiça.

O segundo, terceiro e quarto requisitos se complementam. O segundo impõe a ausência de preferências arbitrárias por valores, ensina que não se deve exagerar arbitrariamente em qualquer valor básico, pois, embora qualquer plano coerente de vida implique em alguma ênfase a algum aspecto dos bens básicos, esse comprometimento não será racional se projetar força em algum bem humano de tal forma que os demais não existissem e não fossem formas de bem. O terceiro exige que não exista preferência arbitrária por pessoas, no sentido de conceber a ideia de que os bens humanos podem ser desfrutados por qualquer pessoa, e, mesmo que exista a razoabilidade da preferência a si mesmo, não se pode ser insensível ao florescimento dos demais. O quarto – desprendimento e compromisso – aponta para a necessidade de um certo distanciamento dos projetos em que a pessoa está envolvida, de modo que caso o projeto fracasse ou mude de rota não considere que a vida perdeu o total sentido. Em outras palavras, os planos de vida não podem ter um valor incondicional e fanático⁶³.

Tais elementos da razão prática têm influência no modo como se lida com a responsabilidade civil. A ausência de preferência arbitrária por valores pode ser identificada no caso de um pai que aplique castigos físicos no filho em nome da “educação”; de um empregador que humilhe o empregado em nome da “produtividade”; uma companhia telefônica que importune cotidianamente a vida do consumidor em nome de uma “dívida”; um vizinho que ouça música alta de madrugada em nome da “cultura” deverão arcar com indenizações por dano moral às vítimas, não sendo motivo suficiente para afastar essa obrigação nenhum tipo de apego exacerbado a nenhum valor, pois mesmo que em si esse valor seja razoável, deixa de ser na medida em que resvala para o excesso.

⁶² FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 108-109.

⁶³ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 112-115.

A ausência de preferência arbitrária por pessoas demonstra, em primeiro lugar, que não se pode ter um atrelamento exclusivo em si próprio, em seus próprios interesses, nem tampouco a pessoas ou grupos de pessoas sem motivo justificado, motivo pelo qual um empregador que deseja apenas contratar católicos; uma lanchonete que só venda para homens brancos; uma loja que negue atendimento a quem esteja mal vestido revelam condutas irracionais e propensas à censurabilidade em relação ao dano moral para quem eventualmente tenha sido prejudicado por tais condutas. Indo além, tal requisito justifica a ideia de que no trajeto de vida de cada um deve ter espaço para incluir respeito máximo aos projetos de outros, que em razão da ausência de preferência arbitrária, são de igual importância e proteção.

O requisito do desprendimento e compromisso, que evitam o apoio absoluto ou incondicional a um plano ou trajeto específico da vida humana, ajudam a compreender que, no momento da quantificação do dano moral, nem todas as frustrações e obstáculos enfrentados por alguém por ato de outrem representam dano moral, visto que, mesmo que para alguém seja de suma relevância que as pessoas lhe deem bom dia, que as pessoas lembrem do seu aniversário, que o ônibus passe exatamente no horário descrito e/ou que a escola tenha o dia das mães, tais miudezas não podem conferir um arruinar de todo um projeto de vida, pois são propensas ao realinhamento e renovação de uma opção diferente. Em outras palavras, diante de tais miudezas, deve-se refazer o caminho sem maiores problemas, o que não significa que quando alguém tiver uma mudança abrupta em seus projetos por ato de outrem, o simples fato de ser possível refazer o caminho (por exemplo quem perdeu uma perna e era atleta pode disputar as paraolimpíadas) for um subterfúgio para não reconhecer ou diminuir o valor do dano moral. Contudo, é possível avaliar que quanto mais penoso for esse refazer e recomeço maior deve ser o valor da indenização por dano moral.

O requisito subsequente é o da relevância das consequências, que significa que a pessoa deve utilizar métodos eficientes para realizar seus propósitos de modo a causar o menor efeito danoso possível. Como se está no campo do agir, é preciso ter sensibilidade com as consequências, como explica John Finnis: “é preferível o bem humano ao bem dos animais; onde o dano é inevitável, é preferível atordoar a ferir; isto é, menor grau em preferência a maior grau de dano. Um remédio que tanto alivia a dor quanto cure deve ser preferível a um que meramente alivie a dor”⁶⁴. Portanto, esse requisito explica que em diversas relações privadas o dano ou risco de dano é inevitável (por exemplo: pessoas que trabalham em locais insalubres ou em atividades perigosas, consumidores que são cobrados por dívidas, vizinhos que devem fazer barulho para reforma), contudo, existe uma regra ética de que deve fazer o possível para aliviar as consequências, quando a conduta ou atividade for inevitável, devendo o trabalhador possuir o maior aparato de segurança e preparo possível, as cobranças de dívidas serem realizadas da forma mais discreta e respeitosa possível, e assim por diante, sob pena de gerar o direito a compensação por dano moral.

Outro requisito da razão prática é o respeito por cada valor básico em cada ato, que demonstra que a pessoa não deve “escolher realizar qualquer ato que em si não faz outra coisa além de danificar

⁶⁴ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 115.

ou impedir a realização ou participação em qualquer uma das formas de bens básicos. Cada um é objetivamente básico assim como os outros em termos de importância, pois o valor deles não pode ser subordinado a qualquer projeto”⁶⁵. Assim, danificar indiretamente um bem básico é diferente de racionalmente dirigir a conduta para danificar diretamente o mesmo bem ao escolher um ato que simplesmente danifica esse bem, pois esta conduta é o mesmo que se dedicar a um ato de oposição a um valor incomensurável da personalidade humana que a pessoa trata como comensurável, de modo que a razão requer que cada valor básico seja pelo menos respeitado em cada uma e em todas as ações⁶⁶. Como assevera John Finnis, “se a pessoa pudesse sempre escolher corretamente um único ato que em si danifica e em si não promove algum bem básico, então ela poderia escolher corretamente programas, instituições e empreendimentos inteiros que em si danificam aspectos dos bens básicos”⁶⁷.

Nesse sentido, John Finnis esclarece claramente que este princípio sustenta a tese do integral respeito e inviolabilidade de todos os direitos humanos básicos, não sendo possível qualquer direito humano ser ignorado em nome dos sentimentos ou da livre escolha, nem mesmo por qualquer argumentação de custo benefício⁶⁸. É por isso que não se sustentam as sentenças judiciais que fundamentam a diminuição do dano moral com base na “crise econômica do país” ou na “boa conduta posterior do réu ao pedir desculpas” ou “na importância do empreendimento”, visto que, ao lidar com o dano moral, o que está em jogo são bens existenciais que, no fundo ético, são bens básicos e incomensuráveis. Na mesma linha, qualquer atividade, por mais nobre que seja (religiosas, sociais), por mais lucrativa e importante na circulação de bens e serviços (comércio, indústria), não pode tornar o juiz míope para violações de direitos, em todas as suas facetas, patrimoniais ou extrapatrimoniais.

O último requisito é o do bem comum e aqui interessa particularmente o bem comum da comunidade política, e, nessa dimensão, há dois significados para o termo. O primeiro representa a intenção de garantir todo um conjunto de condições materiais e de outros tipos que tendem a favorecer a realização, por parte de cada indivíduo da comunidade, de seu desenvolvimento pessoal. O bem comum está relacionado a um conjunto de fatores que dão sentido à colaboração mútua e permitam condições para que os membros de uma comunidade atinjam seus objetivos e propósitos. Aqui, os membros não precisam ter os mesmos planos de vida, mas sim todos deveriam ter condições básicas para o seu florescimento particular⁶⁹. Um segundo significado para o bem comum perpassa pela constatação de que a vida, honra, privacidade, liberdade, amizade, saúde, igualdade, dentre outros são bens para quaisquer e todas as pessoas e cada um desses bens básicos são “comuns” no sentido de que “um número inexaurível de pessoas pode participar deles de uma variedade inexaurível de modos ou de uma variedade inexaurível de ocasiões”⁷⁰. Consequentemente, o interesse em alcançar tais bens é relevante e bom não apenas para a vida pessoal, mas para a de qualquer pessoa e essa universalidade reforça a normatividade do bem da amizade, no sentido de que o bem que eu persigo

⁶⁵ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 123.

⁶⁶ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 124.

⁶⁷ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 124.

⁶⁸ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 126.

⁶⁹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 154.

⁷⁰ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 156.

também é o bem de outros, devendo existir uma ponte de solidariedade para que se permita a realização integral de todos os participantes de uma prática social, já que “o bem é, como existência, aquilo que dividimos com todos os seres da face da terra”⁷¹.

Cabe salientar que, infelizmente, não é papel da responsabilidade civil – na esteira da justiça corretiva – garantir de forma ampla e plena o bem comum do primeiro tipo, estando a busca por esse bem comum mais relacionada às políticas públicas. Em verdade, a responsabilidade civil não é guardiã primeira sequer dos bens humanos básicos em geral, cabendo à realização de diversos aspectos do florescimento humano à família, às instituições e ao Estado. De outra via, é claro que a responsabilidade civil desempenha, não sozinha, o papel de promover e garantir o respeito a esses bens, que, já dentro do segundo tipo de bem comum, são literalmente comuns a todos, de modo que por ato de outrem alguma faceta desse perfeccionismo humano for danificada, haverá razão prática para utilizar o arcabouço jurídico-positivo para impor a obrigação de indenizar, pois aqui não se tratará de alguém desprovida de um bem básico e que necessitava de uma conduta do Estado, mas sim de alguém que estava gozando ou em vias de gozar de um bem básico e que por ato de outrem foi penalizada.

Incumbe uma digressão acerca da igualdade como bem existencial, que, a princípio, não figura entre os bens humanos básicos, porém possui uma fundamentação jusnaturalista que embasa também a razão da responsabilidade civil proteger tal bem como jurídico no trato com o dano moral. Todas as capacidades humanas são inerentes a todos, mesmo entre pessoas de diferentes países, de modo que todos os seres humanos possuem uma unidade (física, química, biológica, psicológica) e esse é o fundamento metafísico da igualdade humana que demonstra que quem não tem oportunidade de atualizar suas capacidades e florescer tem um decréscimo de dignidade, está em situação de desigualdade no tocante a bens (vida, amizade) que são bons para mim e para qualquer pessoa⁷². Porém é possível que, por ato de outrem, alguém deixe de usufruir, gozar ou de ter oportunidade sobre tais bens, como a igualdade, que em situações de discriminações injustificadas quebram o padrão de igualdade de tratamento que se impõe a todos, gerando o dever de indenizar.

Nesta senda, a comunidade política é um tipo de amizade no qual todos merecem ser tratados com igualdade. Essa amizade justifica o direito de igualdade de participar dos bens humanos básicos e das oportunidades necessárias para alcançá-los, como no caso de uma vaga de emprego ou de um bem/serviço oferecido, que pode fazer parte do projeto diário ou de vida de alguém e, como membro da espécie humana, precisa ter iguais condições de respeito para acessar a ocasião. Logo, tal amizade impregna a sociedade de uma forma de amor ao próximo a ponto de reconhecer que os bens são desejáveis por todos, os quais são merecedores em potencial⁷³. Os direitos comuns se justificam com base nessa radical igualdade, posto que A tem um direito em face de B porque reside entre ambos uma igualdade normativa, embora nem sempre exista uma igualdade socioeconômica, motivo pelo qual John Finnis reconhece que a fundamentação ontológica dos direitos humanos e comuns a todos é a

⁷¹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 34.

⁷² FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011, p. 35.

⁷³ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 116-117.

essencial igualdade de potência, capacidades e inclinações a bens humanos inerentes aos seres humanos⁷⁴.

Nem todos os direitos e deveres envolvem direitos inerentes a pessoa, contudo, quando um direito/dever se dirigir à pessoa humana, isso é uma questão de justiça do direito natural em uma relação entre livres (capacidade de realizar escolhas) e iguais, de forma de que nenhuma liberdade pode representar a dominação e julgo de alguém sobre outrem⁷⁵. Assim, em matéria de igualdade, todos estão habilitados a serem tratados com igual consideração e respeito, independentemente de suas origens, cor, etnia, raça, orientação sexual, posição política ou ideológica, sexo, idade e profissão, sendo claramente adequadas decisões que determinam pagamento de indenizações por violações a esse princípio básico que se encontra na raiz da fundamentação dos direitos e da justiça.

5. CONCLUSÕES

Conclui-se que a abordagem dos bens humanos básicos facilita a compreensão e aplicação da responsabilidade civil, na medida em que os bens existenciais que subsidiam o dano moral funcionam – na perspectiva da presente pesquisa – como derivações de segunda ordem dos bens humanos básicos, o que faz com que seja possível caminhar adiante, com raciocínios de terceira, quarta, quinta ordem, de modo a tutelar em maior grau possível o ser humano em desequilíbrios injustos. Essa forma de elastecimento dos interesses envolvidos no dano moral no diálogo com os bens humanos básicos está em harmonia com o raciocínio jusnaturalista, pois, diante da insuficiência dos primeiros princípios para a motivação e avaliação do agir humano, é necessária a identificação de outros preceitos da lei natural que sejam mais específicos no direcionamento racional da ação humana. Esses preceitos de segunda ordem representam uma particularização do primeiro princípio, estando, pois, na mesma seara da lei natural e não em dimensão, totalmente, distinta do raciocínio prático⁷⁶.

Destarte, compreendendo que os bens existenciais decorrem dos bens humanos básicos e contribuem para o florescimento humano, é possível o pensador do direito promover derivações de princípios e interesses (também jurídicos) menores e específicos, visto que em última instância essas derivações visam o prestígio mais amplo de que o bem deve ser perseguido (na ordem ética) e a dignidade humana (comando ético que se tornou jurídico) deve ser potencializada nas miríadas das relações interpessoais e todas as suas facetas e dimensões relacionadas ao florescimento devidamente compreendidas, interpretadas e protegidas.

Como se não bastasse, esta aproximação dos bens humanos básicos com os bens existenciais favorece uma compreensão mais completa da dignidade da pessoa humana (transcendental e

⁷⁴ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 136.

⁷⁵ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 170.

⁷⁶ FERREIRA NETO, Arthur Maria. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*. 2013. 300 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 259.

ontológica), fio condutor de todos os bens existenciais, na medida em que permite valorar aspectos que os seres humanos compartilham entre si como membros da mesma espécie (por exemplo a vida e saúde), mas também enaltecendo aquilo que de mais profundo torna o ser humano digno e que não tem relação com aquilo que ele compartilha com os outros, mas sim com aquilo que ele possui de mais original e particular (seus projetos de vida, frustrações, amizades, relações, prazeres). Tal compreensão reforça o fato de que o ser humano não é apenas um membro de uma espécie, vai além, é um ser complexo com peculiaridades próprias que devem ser compreendidas por aquele que lida com a responsabilidade civil.

Por conseguinte, a compreensão dos bens básicos fortalece a noção de que há um liame entre os direitos humanos no plano internacional e os bens existenciais no plano interno, permitindo reconhecer que no plano ontológico os danos perpetrados no bojo de relações privadas são muitas vezes idênticos ou até mais graves que aqueles cometidos pelo Estado. Além disso, a evolução histórica dos direitos fundamentais na experiência europeia e latina demonstra que a dogmática das Constituições incorporou a proteção de bens jurídicos essenciais e supremos para uma vida plena do ser humano, bens estes dignos de inviolabilidade por outras pessoas ou pelo Estado, os quais devem nortear todo o conjunto normativo constitucional e infraconstitucional. Sendo assim, fica claro que a proteção da pessoa humana no plano internacional ou no plano interno revela que esse é o valor da mais alta hierarquia em qualquer ordenamento jurídico.

Por esse motivo, John Finnis sustenta que as declarações de direitos humanos representam tentativa de concretização dos contornos do bem comum e dos bens humanos básicos, manifestando preocupação com diversos aspectos do bem individual em suas dimensões básicas, motivo pelo qual a responsabilidade moral de respeitar os bens humanos básicos se convolou em responsabilidade jurídica e, graças ao arcabouço jurídico, tal ideal se tornou possível e potencializado tendo em vista a faceta coercitiva do Direito que, para além de promover tais bens, delibera em pormenores e detalhes, mergulhando nas mais diversas peculiaridades para uma plena realização humana e construção de uma comunidade que atenda ao bem comum⁷⁷.

Desta feita, na tradição do direito natural, embora Tomás de Aquino nunca tenha utilizado a expressão “direitos humanos”, fica claro que ele tinha a concepção teórica, pois conclui que os preceitos de justiça estão centrados naquilo que todos têm em comum e em semelhança como membros da espécie humana, de maneira que todos estão aptos a pleitear que “não sejam mortos, não tenham sua propriedade vilipendiada, não sejam danificados em seu corpo e sua mente, não sejam falsamente acusados ou difamados”⁷⁸. Todos esses direitos, que decorrem dos primeiros princípios são alocados para as pessoas pelo simples fato de pertencerem à espécie humana. Assim, embora nem todo direito seja comum aos seres humanos em razão de cada particularidade dos sistemas jurídicos, há aqueles que cada membro da humanidade está apto a desfrutar pelo simples fato de sua condição humana, merecendo a sua inerente dignidade, não sendo um “status a ser conferido, mas sim uma realidade a

⁷⁷ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 195-213.

⁷⁸ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 136.

ser reconhecida e protegida, pois tais bens são desejáveis por mim e por todos aqueles que compartilham comigo a experiência humana, devendo ser esta a tese essencial da moralidade e da política”⁷⁹.

Não é à toa que uma investigação profunda e comprometida da experiência ocidental no trato com o que se chama no Brasil e no mundo latino de dano moral e nos países anglo-saxões de *non-pecuniary damages* a partir de obras de juristas do Brasil⁸⁰, Espanha⁸¹, México⁸², Estados Unidos⁸³, Canadá⁸⁴, Grã-Betânia⁸⁵ e da Europa em geral⁸⁶ permitirá inferir que bens como a honra, vida, saúde, liberdade, igualdade, integridade psíquica, privacidade e sentimentos ligados a perda de entes queridos são comuns a todos os sistemas jurídicos ocidentais em matéria de compensação de danos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, [S.l.], v. 58, n. 2, pp. 97-110, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANTONIOLLI, Luisa; KOZIOL, Helmut; SCHULZE, Reiner. *Tort law of the European Community*. Nova York: Springer, 2008.

ASSIS NETO, S. J de. *Dano moral: aspectos jurídicos*. Araras: Bestbook, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BURROWS, Vanessa K. *Constitutional limits on punitive damages awards: an analysis of the Supreme Court case Philip Morris USA v. Williams*. Legislative Attorney. American Law Division. Order Code 33.773, jul. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007.

⁷⁹ FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 176.

⁸⁰ ASSIS NETO, S. J de. *Dano moral: aspectos jurídicos*. Araras: Bestbook, 1998; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015; SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁸¹ Cf. PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

⁸² VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case*. 2009. 301 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Tulane University, Nova Orleans, Estados Unidos da América, 2009.

⁸³ Cf. BURROWS, Vanessa K. *Constitutional limits on punitive damages awards: an analysis of the Supreme Court case Philip Morris USA v. Williams*. Legislative Attorney. American Law Division. Order Code 33.773, jul. 2007; KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Viena: Springer, 2009.

⁸⁴ FRIDMAN, G. H. L. *The law of torts in Canada*. Toronto: Carswell, 1990.

⁸⁵ MULHERON, Rachel P. *Principles of Tort Law*. Cambridge: Oxford University Press, 2016.

⁸⁶ Cf. ANTONIOLLI, Luisa; KOZIOL, Helmut; SCHULZE, Reiner. *Tort law of the European Community*. Nova York: Springer, 2008; HEIDERHOFF, Bettina; ZMIJ, Grzegorz. *Tort law in Poland, Germany and Europe*. Munique: Sellier European Law, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*. 2013. 300 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FINNIS, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008.

FINNIS, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011.

FISHER, Anthony. Bioethics after Finnis. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (Coord.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013.

FRIDMAN, G. H. L. *The law of torts in Canada*. Toronto: Carswell, 1990.

HALDANE, John. Reasoning about the human good, and the role of the public philosopher. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (Coord.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013.

HEIDERHOFF, Bettina; ZMIJ, Grzegorz. *Tort law in Poland, Germany and Europe*. Munique: Sellier European Law, 2009.

KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Viena: Springer, 2009.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981.

MULHERON, Rachel P. *Principles of Tort Law*. Cambridge: Oxford University Press, 2016.

MURPHY, James Bernard. *Philosophy positive law: foundations of jurisprudence*. New Heaven: Yale University Press, 2006.

MURPHY, James Bernard. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case*. 2009. 301 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Tulane University, Nova Orleans, Estados Unidos da América, 2009.

Recebido: 01.04.2021

Aprovado: 11.06.2021

Como citar: BONNA, Alexandre Pereira. Uma leitura ética e filosófica do dano moral. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 67-92, set./dez. 2021.

